

REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 090

Santiago de Cali, diez (10) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL : REPARACIÓN DIRECTA
RADICACIÓN : 76001-33-33-001-2016-00024-00
DEMANDANTE : OMAR FERNANDO MARTÍNEZ RENTERIA
DEMANDADOS : NACIÓN – MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

El señor OMAR FERNANDO MARTÍNEZ RENTERÍA a través de apoderado judicial, demanda en el medio de control de Reparación Directa a la NACIÓN – MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, para que previos los trámites del proceso ordinario se hagan las siguientes,

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable al Ministerio de Relaciones Exteriores, por los perjuicios materiales y morales con ocasión de la privación injusta del ejercicio de sus derechos laborales.

1.2. Como consecuencia de la anterior declaración, condenar al MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, a pagar al demandante por concepto de perjuicios materiales la suma de SESENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$69.563.367), discriminados a folio 131 del expediente.

1.3. Se condene a la entidad demandada a pagar al demandante por concepto de perjuicios morales una suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

1.4. Se condene al pago de intereses moratorios, se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA y se condene al pago de costas y agencias en derecho.

Las pretensiones referenciadas se fundamentan en los siguientes,

2. HECHOS

2.1. El demandante estuvo vinculado laboralmente con el programa mundial de alimentos, como conductor de la sub oficina Cali – Valle, desde el 22 de mayo de 2006 hasta el 30 de enero de 2012, con una asignación mensual inicial de \$1300.000 y de \$1.911.800, al momento de su retiro.

2.2. Entre las partes inicialmente firmaron un contrato de prestación de servicios denominado "SERVICE CONTRACT", éste quedo desvirtuado por presentarse en

dicha relación contractual los tres elementos esenciales que contempla el código sustantivo del Trabajo, dado que cumplió horario de lunes a viernes y cuando requería salir en misión institucional laborada los días sábados y domingos, laborando 40 horas de trabajo extra al mes, tal como obra en la bitácora diaria que llevaba el empleador en cumplimiento a un control al vehículo que se le asignaba.

2.3. El actor firmó con su empleador Programa Mundial de Alimentos – PMA, los siguientes contratos:

Fecha de Inicio	Fecha de Terminación	Remuneración mensual
Mayo 22 del 2006	Agosto 21 del 2006	\$1'300.000,00
Agosto 22 del 2006	Diciembre 31 del 2006	\$1'300.000,00
Enero 01 del 2007	Febrero 28 del 2007	\$1'672.000,00
Marzo 01 del 2007	Diciembre 31 del 2007	\$1'672.000,00
Enero 01 del 2008	Marzo 31 del 2008	\$1'672.000,00
Abril 01 del 2008	Diciembre 31 del 2008	\$1'738.000,00
Enero 01 del 2009	Marzo 31 del 2009	\$1'738.000,00
Abril 01 del 2009	Julio 31 del 2009	\$1'738.000,00
Agosto 01 del 2009	Noviembre 31 del 2009	\$1'738.000,00
Diciembre 01 del 2009	Mayo 31 del 2010	\$1'738.000,00
Junio 01 del 2010	Enero 31 del 2011	\$1'911.800,00
Febrero 01 del 2011	Diciembre 31 del 2011	\$1'911.800,00
Enero 01 del 2012	Enero 31 del 2012	\$1'911.800,00

2.4 Los citados contratos nunca fueron interrumpidos, igualmente el demandante nunca trabajó con sus propias herramientas de trabajo, pues el empleador se las proporcionaba para el desarrollo de sus labores y misiones, elemento propios del contrato de trabajo con el cual el empleador quiso disfrazar la relación laboral.

2.5. El demandante fue despedido unilateralmente y sin justa causa por parte de su empleador, a través del representante legal del Programa Mundial de Alimentos cuando éste decide dar por terminado el contrato de trabajo, en forma verbal, mediante conferencia vía internet en el mes de diciembre de 2011.

2.6. El programa mundial de alimentos, el día 30 de enero de 2012, entregó al actor una oferta laboral que contenía desmejoras, pues debía radicarse en el municipio de Buenaventura, la cual no fue aceptada, configurándose de esta forma su despido unilateral e injustificado, adeudando por ello por este concepto una indemnización de \$7.884.405.

2.7. Al actor durante su periodo laboral, ni al a fecha de su retiro se le pagaron prestaciones sociales, ni las horas extras.

2.8. No obstante la vulneración de los derechos laborales del actor, mediante auto del 9 de abril de 2014, la Sala Laboral, declaró la nulidad de las actuaciones que se iniciaron ante la Justicia Ordinaria Laboral contra la ONU y el Programa Mundial de Alimentos (PMA) en el cual se solicitó la declaración de un contrato de trabajo, "Recordando que estas entidades están investidas de inmunidad de jurisdicción, de acuerdo con el artículo 105 del tratado constitutivo de las Naciones Unidas (Carta de la ONU), el Convenio sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas y el Acuerdo Básico suscrito entre el Gobierno de Colombia y el PMA".

2.9. Con la anterior decisión se está impidiendo al actor acceder a la jurisdicción laboral a reclamar sus derechos, quedando sin poder reclamar los mismos, pues el programa mundial de alimentos pertenece a la Naciones Unidas, está revestido de inmunidad para lo atinente a la ejecución de una sentencia condenatoria de carácter laboral en su contra.

2.10. El artículo 105 del Tratado constitutivo de las Naciones Unidas (Carta de la ONU), el Convenio sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas y el Acuerdo Básico suscrito entre el Gobierno de Colombia y el PMA, está causando un daño antijurídico al actor que no está en el deber de soportar por lo cual se debe imponer la obligación de reparar los perjuicios irrogados, por el desequilibrio de las cargas públicas, que le impide acceder a la justicia y al derecho que tiene todo ciudadano a demandar en igualdad de condiciones en su territorio y ante los jueces.

2.11. El demandante mediante apoderado judicial impetró demanda laboral de primera instancia, la cual correspondió al Juez Once Laboral del Circuito de Cali, la cual una vez admitida, mediante auto interlocutorio del 17 de mayo de 2013, resolvió decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que admitió, considerando la falta de jurisdicción por cuanto el Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas, goza de privilegios e inmunidades aprobadas por la Asamblea General sobre privilegios e inmunidades aprobadas por la Asamblea General de las Naciones del 13 de febrero de 1946 y que el PMA no ha renunciado a su inmunidad, ni a la de sus funcionarios en Colombia.

2.12. El actor presentó recurso de apelación, siendo desatado por el H. Tribunal del Distrito Judicial de Cali- Sala Laboral mediante providencia del 29 de mayo de 2015, confirmando la decisión de primera instancia, vulnerando al actor sus derechos laborales al no poder acudir a la jurisdicción ordinaria laboral a reclamar justicia.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. La entidad demandada **Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores**, contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, argumentando que esta entidad jamás privó del ejercicio de derecho alguno.

Formula como excepciones la falta de legitimación por pasiva, exponiendo que esta entidad no tiene dentro de sus competencias dar solución a las pretensiones. Igualmente formula de excepción de la ausencia de medio probatorio que demuestre responsabilidad de esta entidad, indebida conformación de litisconsorcio por pasiva, inexistencia de la inmunidad laboral – indebida

interpretación de la norma y desconocimiento del precedente. (fls. 149 a 154, de este cdno).

4. TRÁMITE DEL PROCESO.

Se surtió el trámite respectivo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en ese orden de ideas se admitió la demanda mediante auto del 5 de febrero de 2016¹, llevadas a cabo las notificaciones del auto admisorio a los sujetos procesales en debida forma, se cumplió con la audiencia inicial de que trata el artículo 180 ibídem² en la cual se resolvió la excepción previa de indebida conformación del litisconsorcio por pasiva declarándola no probada, la cual fue objeto de alzada por la entidad demandada ante el H. Tribunal Administrativo del Valle, quien mediante providencia del 3 de agosto de 2017 resolvió confirmar la providencia apelada (fls. 181 a 184).

Una vez regresó el expediente del Tribunal Administrativo del Valle, se continuó con la audiencia inicial, en la cual entre otras se decretaron las pruebas.

Posteriormente, se llevó a cabo la audiencia de recaudo de pruebas el día 25 de abril de 2018,³ y mediante proveído del 28 de febrero del año en curso de corrió traslado de unas pruebas y se corrió traslado para alegar.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Dentro del término concedido para el efecto ambas partes se pronunciaron, así:

5.1. La parte actora presentó escrito de alegatos reiterando los argumentos expuestos en la demanda, haciendo relación de las pruebas obrantes en el expediente, solicitando se acceda a las pretensiones incoadas. (fls. 228 a 232).

5.2. La parte demandada intervino en esta etapa del proceso refiriéndose a la probado en el presente medio de control, reiterando la excepción de falta de legitimación por pasiva y la ausencia de pruebas que acrediten una relación laboral, igualmente expone que los citados contratos presentan cláusula compromisoria, la cual no fue agotada por la parte actora y que además existe prescripción de derechos laborales conforme al art. 488 del CST, solicitando al Despacho no acceder a las pretensiones. (fls. 233 a 235).

No observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN:

1.1. Capacidad jurídica de las partes.

¹ Folios 137 y vltto.

² Folios 177 a 178 vltto.

³ Folios 209 a 211.

El demandante compareció por conducto de apoderado judicial mediante poder debidamente conferido tal como lo prevé al artículo 160 de la Ley 1437 de 2011, de donde se deduce su capacidad procesal para ser parte en la presente controversia.

De igual manera, la entidad demandada se encuentra legitimada para comparecer al proceso, pues conforme lo dispone el artículo 159 del CPACA actúa a través de apoderado judicial, así se comprueba con el poder obrante en el expediente.

1.2. Caducidad.

Conforme el literal i) numeral 2º del art. 164 *“Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.”*

El H. Consejo de Estado, ha considerado que en estos casos donde *“se discute la responsabilidad del Estado con ocasión de la imposibilidad de acudir ante las autoridades jurisdiccionales para reclamar del directo responsable -Embajada extranjera-, la reparación de un daño,(...)”,* que el *“término de caducidad debe empezar su cómputo desde el día siguiente a aquél en que el directo afectado tuvo conocimiento acerca de dicha imposibilidad jurídica.”*⁴

En el presente asunto, se discute la responsabilidad del Estado por la vulneración del derecho al acceso de administración de justicia ante la imposibilidad de reclamar del directo responsable los perjuicios causados- Organización de las Naciones Unidas – ONU-, proceso ordinario laboral que fue declarado nulo y rechazado por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali por falta de jurisdicción dada la inmunidad de esta organización, providencia que fue objeto de alzada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali – Sala Laboral, quien mediante providencia del 29 de mayo de 2015 resolvió confirmar la providencia de primera instancia.

Tenemos que la parte accionante presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público el 31 de agosto de 2015 (fl. 121), expidiendo esta entidad la constancia del trámite conciliatorio fallido el 28 de octubre de 2015. (fls. 123 y 124)

La demanda fue sometida a reparto el día 1 de febrero de 2016 (fl. 134), estos es, dentro del término de dos años que prevé la ley para este medio de control.

1.3. Requisito de procedibilidad.

Frente al agotamiento del requisito de la conciliación extrajudicial antes de presentar la demanda y que está previsto en el numeral 1 del artículo 161 de la

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA - SUBSECCION A, Consejero Ponente: HERNAN ANDRADE RINCON, Bogotá, D. C., nueve (9) de octubre de dos mil trece (2013). Radicación: 250002326000200102817 01.

Ley 1437 de 2011, observa esta juzgadora que se encuentra satisfecho a folios 121 a 124.

2. PRESUPUESTOS DE LA DEMANDA.

2.1. Competencia.

Por la naturaleza del proceso y al tratarse de una demanda de Reparación Directa, es competente esta Juzgadora para decidir el asunto en primera instancia conforme lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 155 del CPACA.

2.2. Demanda en forma.

La demanda se presentó conforme con los requisitos contenidos en los artículos 162 y 163 del CPACA.

3. PROBLEMA JURÍDICO.

Consiste en establecer si la entidad demandada es administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios ocasionados al demandante, por la vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, que le impidió al actor la posibilidad de acudir ante la jurisdicción laboral a reclamar sus derechos laborales al Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas en Colombia – PMA, por la inmunidad jurisdiccional.

4. MEDIO DE CONTROL PROCEDENTE Y RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD.

Sobre el medio de control procedente y el régimen de responsabilidad aplicable en asuntos como el que ahora nos ocupa, el H. Consejo de Estado, ha considerado:

“En casos como el *sub examine*, en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por la vulneración del derecho de Acceso a la Administración de Justicia ante la imposibilidad de reclamar del directo responsable los perjuicios irrogados, dada la inmunidad diplomática que poseen las Embajadas de gobiernos extranjeros en el territorio Colombiano, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la acción de reparación directa es la procedente, habida cuenta que lo que se pretende es la obtención de la reparación de un daño -derivado del quebrantamiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas-, derivado de un hecho del legislador”.

En esta oportunidad respecto al régimen de responsabilidad aplicable, explicó que:

“tratándose de daños causados por embajadas o misiones diplomáticas acreditadas en el país, la responsabilidad del Estado se configura bajo el título de imputación del daño especial, entendido como aquel derivado de actuaciones legítimas de la autoridad pública, en el caso concreto la aprobación y ratificación de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (aprobada mediante Ley 6° de 1972), que estipula la inmunidad de jurisdicción para aquellos cuerpos diplomáticos que pueden causar daños a las personas residentes en el territorio Colombiano, lo cual quebrantaba la equidad frente a los deberes inherentes a los demás y en consecuencia deben ser indemnizados.”

Ahora bien, teniendo en cuenta que la parte demandante fundamenta sus pretensiones en la vulneración de sus derechos laborales por la privación en el

ejercicio de sus derechos al no poder acudir a la jurisdicción ordinaria laboral a reclamar justicia, el Despacho tal como lo ha estudiado nuestro máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, considera que el análisis del daño deberá llevarse a cabo bajo la óptica de la pérdida de oportunidad, para lo cual se deben tener en cuenta las siguientes previsiones fijadas por el órgano de cierre de la jurisdicción.

(...) La Sala considera que, la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima⁵, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que **la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente de la ventaja final esperada** o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual, debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió.

(...)

Así las cosas, la Sala considera que la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo¹³, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió. **Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima**, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea.

(...)

En atención al precedente antes citado, la Sala considera necesario realizar las siguientes precisiones a efectos de reordenar los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad:

Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, rad. 22637, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

"Esta Subsección en decisión reciente señaló que es posible aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad a casos donde se vulneren expectativas legítimas: "El modo de reparación de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas se debe enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad perdida, siguiendo la premisa conocida del derecho de daños que circunscribe la indemnización de los perjuicios al daño, "solo el daño y nada más que el daño" a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima y no contrariar las reglas de la institución jurídica de la responsabilidad estatal: "el daño es la medida del resarcimiento"(...). //10.2.8.2.1. Teniendo en consideración que el daño se origina por la amputación de una expectativa legítima a la consolidación de un derecho, bien sea, en tratándose de una aspiración de obtener un beneficio o una ganancia -polo positivo-, o bien cuando la víctima tenía la aspiración de evitar o mitigar un perjuicio y, como consecuencia de la abstención de un tercero, dicho curso causal dañoso no fue interrumpido -polo negativo-, se debe declarar la responsabilidad del Estado y reparar dicha frustración de la expectativa legítima dentro de los presupuestos de la teoría de la pérdida de oportunidad cuyo monto dependerá de la mayor o menor probabilidad y cercanía de su ocurrencia"

habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la "aleatoriedad" del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.

En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad.

Certeza de la existencia de una oportunidad. En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente" de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente.

Pérdida definitiva de la oportunidad. En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual¹⁹; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.(...)

Recapitulando lo anterior, la Sala precisa que los elementos del daño de pérdida de oportunidad son: i) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) Certeza de la existencia de una oportunidad; iii) Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima"⁶ (Subrayas del Despacho).

De acuerdo con las previsiones jurisprudenciales en cita, procederá el Despacho a pronunciarse inicialmente frente a la legitimación en la causa por pasiva alegada por la entidad demandada y posteriormente respecto al análisis probatorio.

5. Legitimación en la causa por pasiva

La entidad demandada formula esta excepción argumentando que el hecho generador dentro del presente medio de control se enmarca dentro del desarrollo de un hecho totalmente ajeno este Ministerio (inmunidad laboral), sin existir ninguna fundamentación en cuanto a las funciones del mismo y con el fin de corroborar la ausencia de responsabilidad cita el Decreto 3355 de 2009, indicando que esta es la norma rectora frente a las funciones de este Ministerio.

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN "B" - Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO - Bogotá D. C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017) - Radicación número: 66001-23-31-000-2005-01021-04(42803).

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva de la entidad demandada, en asuntos como el que ahora nos ocupa, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado de manera unísona, considerando que este tipo de daño es atribuible al Ministerio de Relaciones Exteriores, así:

"15.4. Como se observa, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido unívoca en precisar que el tipo de daño que se discute en el *sub lite*, relacionado con la imposibilidad de perseguir el resarcimiento de daños causados por agentes o cuerpos diplomáticos que hacen presencia en el territorio colombiano, es atribuible al Ministerio de Relaciones Exteriores a título de daño especial."⁷

De la misma manera en otra providencia de esta Alta Corporación se sostuvo al respecto:

"Huelga concluir, en consecuencia, que es La Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores, demandado por la actora, el responsable de los daños que le fueron ocasionados, en virtud de la inmunidad de jurisdicción acogida por el Estado colombiano, por la suscripción de la Convención de Viena de 1961, para preservar la soberanía de otros Estados en su territorio, como lo prevé las reglas del derecho internacional, legitimación que bien podría haber recaído, a prevención, en el Congreso de la República, en cuanto la intervención conjunta en punto a la suscripción de tratados y convenios internacionales"⁸.

Así las cosas, se concluye que la entidad demandada Nación –Ministerio de Relaciones Exteriores, es el sujeto pasivo llamado a responder por las pretensiones deprecadas en la demanda.

5. PRUEBAS OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

En el presente medio de control obran las siguientes pruebas:

5.1. Copias de los siguientes contratos de servicios suscritos entre Programa Mundial de Alimentos de las Naciones unidas (PAM), órgano subsidiario de las Naciones Unidas y de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) y el demandante Omar Fernando Martínez, así:

- Copia de contrato de servicios de fecha 22 de mayo de 2006, con término de duración del 22 de mayo de 2006 hasta el 21 de agosto de 2006, con funciones de conductor para la Sub oficina de Cali y una remuneración de "COL\$1.300.000.00 por mes trabajado". (fls. 2 a 8).
- Copia de contrato de servicios de fecha 01 de enero de 2007, con término de duración del 01 de enero de 2007 hasta el 28 de febrero de 2007, con funciones de

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, Bogotá D. C. nueve (9) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01720-01(31952), Actor: LUISA AMPARO CASTILLO DIAZ, Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS, Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2012, exp. 24.630, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

conductor para la Sub oficina de Cali y una remuneración de "COL\$1672000.00 por mes trabajado". (fls. 9 a 14).

-Copia de contrato de servicios de fecha 01 de marzo de 2007, con término de duración del 01 de marzo de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2007, con funciones de conductor para la Sub oficina de Cali y una remuneración de "COL\$1.672.000 por mes trabajado". (fls. 15 a 20).

-Copia de contrato de servicios de fecha 01 de abril de 2008, con término de duración del 01 de abril de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2008, con funciones de conductor para la Sub oficina de Cali y una remuneración de "COL\$1.738.000 por mes trabajado". (fls. 21 a 26).

-Copia de contrato de servicios de fecha 01 de enero de 2009, con término de duración del 01 de enero de 2009 hasta el 31 de marzo de 2009, con funciones de conductor para la Sub oficina de Cali y una remuneración de "COL\$1.738.000 por mes trabajado". (fls. 27 a 32).

-Copia de contrato de servicios de fecha 01 de abril de 2009, con término de duración del 01 de abril de 2009 hasta el 31 de julio de 2009, con funciones de conductor para la Sub oficina de Cali y una remuneración de "COL\$1.738.000 por mes trabajado". (fls. 33 a 39).

-Copia de contrato de servicios de fecha 01 de diciembre de 2009, con término de duración del 01 de diciembre de 2009 hasta el 31 de mayo de 2010, con funciones de conductor para la Sub oficina de Cali y una remuneración de "COL\$1.738.000 por mes trabajado". (fls. 40 a 45).

-Copia de contrato de servicios de fecha 01 de febrero de 2011, con término de duración del 01 de febrero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011, con funciones de conductor para la Sub oficina de Cali y una remuneración de "COL\$1.911.800 por mes trabajado". (fls. 46 a 52).

- Copias de certificados suscritos por el Oficial Financiero y Administrativo del Programa Mundial de Alimentos Colombia de los años 2010 y 2011, en los cuales se certifica que el demandante obra bajo contrato de servicios como conductor en la Sub Oficina de Cali del Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas en Colombia, desde el 22 de mayo de 2006. (fls. 53 a 56).

- Copia de carné de demandante de las Naciones Unidas Colombia, con fecha de vencimiento del 31 de enero de 2011. (fl. 66).

- Copia de reportes mensuales de asistencias y ausencias del Programa Mundial de Alimentos correspondientes algunos meses de los años 2011, 2010, 2009, 2008, 2007, 2006. (fls. 66 a 74).

-Copias de formatos de evaluación de desempeño del demandante (fls. 75 a 82)

- Copias de control diario de control de vehículo del mes de abril de 2011 (fls. 86 a 91).

- Copia de acta individual de reparto de proceso ordinario de primera instancia de fecha 13 de agosto de 2012, presentado por el señor Omar Fernando Martínez

Rentería en contra del Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas en Colombia, el cual correspondió al Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali y copia de la demanda (fls. 92 a 103).

- Copia de auto admisorio de la demanda ordinaria laboral de primera instancia del proceso antes citado, de fecha 8 de abril de 2013, proferido por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali. (fl. 105)

- Copia de auto interlocutorio No. 0776 del 17 de mayo de 2013, por el cual el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, resuelve declarar la nulidad de lo todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda y rechaza por falta de jurisdicción la demanda y se ordena devolver los anexos sin necesidad de desglose al demandante. (fl.106)

- Copia del recurso de reposición y en subsidio apelación contra la anterior providencia (fls. 107 a 118).

- Copia de audiencia No. 300 del 30 de mayo de 2015, en la cual la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, resuelve el recurso de apelación antes mencionado y decide confirmar el auto apelado. (fls. 114 a 120)

5. CASO CONCRETO.

Del anterior acervo probatorio allegado al plenario, se acredita que el demandante Omar Fernando Martínez Rentería prestó sus servicios al Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas en Colombia, a través de contratos de servicios desde el 22 de mayo de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2011, cumpliendo la función de conductor en esta ciudad, asimismo, se acredita que el 13 de agosto de 2012 el actor formuló acción jurisdiccional para reclamar sus derechos laborales por la presunta existencia de un contrato de trabajo, correspondiendo por reparto al Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, Despacho Judicial que mediante providencia del 17 de mayo de 2013 decidió declarar la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda y rechazo la demanda por falta de jurisdicción, argumentado que el Programa Mundial de Alimentos Naciones Unidas (FAO) goza de inmunidad contra todo procedimiento judicial y por ello no se puede ordenar comparecer al proceso judicial.

De la misma manera se probó que contra la citada providencia el aquí demandante formuló recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Cali mediante providencia proferida en la audiencia llevada a cabo el 29 de mayo de 2015, en la cual esta Corporación decide confirmar el auto apelado, argumentado que de conformidad con el artículo 105 del Tratado Constitutivo de la ONU, la sección II del Convenio sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas, y el artículo V numeral 2 el Acuerdo Básico suscrito entre el Gobierno de Colombia y el PMA "sobre asistencia del Programa Mundial de Alimentos", se encuentran exentos de la jurisdicción de la República de Colombia contra todo procedimiento judicial, incluido el laboral, conforme lo ha estudiado la H. Corte Suprema de Justicia en providencia reciente a esta fecha.

Respecto a la inmunidad del Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas en Colombia, tenemos que si bien la entidad demandada alega la

inexistencia de la misma frente a la jurisdicción laboral, citando providencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de los años 2008 y 2010, en las cuales se encuentra que se discutía la inmunidad frente al derecho del reconocimiento de derechos laborales contra varias Embajadas, no obstante, el asunto que nos ocupa se trata de una reclamación judicial contra una Organización Intergubernamental, sobre la cual la H. Corte Suprema de Justicia se pronunció mediante auto de 19 de abril de 2014 proferido dentro la radicación N° 5943, disponiendo que :

“(…) Así las cosas, no le queda duda alguna a esta Sala de que la Organización de las Naciones Unidas y el Programa Mundial de Alimentos (PMA) – en razón de su estatus de programa autónomo conjunto subsidiario de las Naciones Unidas y de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura – son entes que se encuentran exentos de la jurisdicción de la Republica de Colombia contra todo procedimiento judicial, lo cual se justifica dada la especialísima condición de esta organización intergubernamental y los fines que le fueron encomendados a nivel mundial y que debe desarrollar bajo los principios de neutralidad e imparcialidad y bajo una independencia operacional de los Estados(…)” Subrayado y resaltado en el texto original.

Providencia que sirvió de sustento a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Cali, para confirmar el auto de primera instancia que rechazó la demandada ordinaria laboral instaurada por el demandante, quedando claro que el Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas se encuentra exento de la jurisdicción en nuestro país.

Conforme a lo anterior, se encuentra que esta demostrado el daño antijurídico sufrido por el accionante, esto es, la vulneración de su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política, como consecuencia de la interpretación que se le dio al artículo 105 del Tratado Constitutivo de la ONU, a la sección II del Convenio sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas y al artículo V numeral 2 del Acuerdo Básico suscrito entre el Gobierno de Colombia y el PMA “sobre asistencia del Programa Mundial de Alimentos”, lo cual le impidió acudir a la jurisdicción ordinaria laboral a demandar al Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas.

5.1. Elementos de la pérdida de oportunidad

En cuanto a estos elementos, encuentra el Despacho que se reúnen los requisitos exigidos para que se entienda configurado el daño antijurídico consistente en la pérdida de oportunidad, dado que existe certeza en cuanto a que, por efecto de la inmunidad en materia laboral reconocida por la Jurisdicción laboral, el señor Omar Fernando Martínez Rentería perdió la oportunidad de obtener una sentencia estimatoria de sus pretensiones respecto de sus derechos laborales; igualmente se halla demostrado que el demandante se encontraba en una situación potencialmente viable para obtener dicho beneficio, pues había laborado más de cinco años al servicio del Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas en la Sub oficina de Cali mediante contratos de servicios, desempeñando el cargo

de conductor, recibiendo una remuneración, cumpliendo un horario de acuerdo a los reportes mensuales de asistencia y listados de informe de viajes aportados y el litigio recaía sobre el reconocimiento de un contrato de trabajo, por tanto se deduce que contaba con una posibilidad relevante de obtener una sentencia favorable respecto de sus derechos laborales presuntamente vulnerados por esta organización intergubernamental.

Así las cosas, como el demandante sufrió un daño antijurídico, consistente en la imposibilidad de acceder a la justicia para reclamar un derecho de carácter laboral, este se constituye en una pérdida de oportunidad de haber obtenido ese reconocimiento luego de que el Juez ordinario laboral, así lo hubiese declarado en sentencia destinatoria de sus pretensiones, por tanto se concluye que es procedente acceder a las pretensiones de la demanda declarando administrativamente responsable a la entidad demandada, a título de daño especial por rompimiento de las cargas públicas.

En este orden de ideas se procederá a cuantificar la indemnización del daño causado a título de pérdida de la oportunidad.

6. Indemnización de Perjuicios.

6.1. Perjuicios por pérdida de oportunidad.

Teniendo en cuenta que lo que se trata de reparar es la pérdida de la oportunidad de haber obtenido dicha ganancia que se esperaba percibir por cuenta de la sentencia estimatoria respecto de las pretensiones reclamadas ante la justicia ordinaria laboral, el Despacho dispone el reconocimiento por el perjuicio ocasionado a favor del demandante, acudiendo al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁹—, tal como lo ha considerado el H. Consejo de Estado, para efectos de reparar de forma integral el daño causado¹⁰, fijando dicha indemnización a favor del actor en el equivalente a un 50% del beneficio que esperaba recibir derivado de la pérdida de oportunidad que sufrió como consecuencia de la imposibilidad de acudir a reclamar judicialmente sus derechos laborales¹¹, es decir, la mitad de la suma de \$69.563.367, fijada por el actor en la demanda ordinaria laboral por concepto de la reclamación de la existencia de un contrato de trabajo de carácter indefinido y por ende el pago de *“cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, horas extras, indemnización moratoria, indemnización de despido sin justa causa”*¹².

⁹ Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: *“Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”*.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E), Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 25000-23-26-000-2006-02187-01(44516), Actor: MARÍA TERESA ZAMBRANO RIVEROS, Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y OTROS

¹¹ Consejo de Estado en sentencia del 9 de octubre de 2013, exp. 30.286, M.P. Hernán Andrade Rincón, de la igual manera Consejo de Estado, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, 10 de noviembre de 2017, No. interno 44516.

¹² Fls. 93 a 102.

En cuanto los perjuicios morales por la pérdida de oportunidad reclamados por el actor, encuentra el Juzgado que no obra en el plenario prueba alguna con la que se acredite que es procedente su reconocimiento, por ello este será negado.

7. Costas.

Finalmente en cuanto a la condena en costas, se advierte que si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez “dispondrá” sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del 27 de enero de 2017 Expediente No. interno (2400-14) Consejero Ponente CARMELO PERDOMO CUETER¹³ la norma bajo análisis impone al operador judicial determinar si en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación.

En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, así como tampoco está probada alguna conducta temeraria o dilatoria de la parte vencida, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Santiago de Cali, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de falta de legitimación por pasiva alegada por la entidad demandada, de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR patrimonial y extracontractualmente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, por los perjuicios ocasionados al demandante OMAR FERNANDO MARTINEZ RENTERIA.

TERCERO: CONDENAR a la entidad demandada, a pagar por concepto de pérdida de oportunidad, a favor del señor Omar Fernando Martínez Rentería, la suma de treinta y cuatro millones setecientos ochenta y un mil seiscientos ochenta y cuatro pesos (\$34.781.684).

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

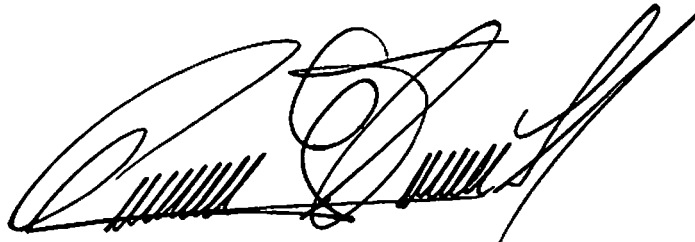
QUINTO: ORDENAR a la entidad condenada a cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 concordante con el artículo 195 ibídem.

¹³ Dijo la citada sentencia: “Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; ii) se aduzcan calidades inexistentes; iii) se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; iv) se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o v) se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP)”

SEXTO: COMUNICAR a la entidad condenada, en firme la presente sentencia, adjuntando copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el artículo 203 del CPACA.

SÉPTIMO: LIQUIDAR los gastos del proceso, una vez notificada esta providencia, devolver los remanentes si los hubiere y archivar las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A stylized, handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke with diagonal hatching underneath.

PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
JUEZ

Rlm